

INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS REGULADOS PELO CÓDIGO DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

JOSÉ AUGUSTO DELGADO

Ministro do Superior Tribunal de Justiça,

Professor de Direito Público e

Sócio Honorário da Academia Brasileira de Direito Tributário

1 – Introdução

A Lei nº 8.078, de 11.09.90, foi denominada pelo legislador ordinário de "Código de Proteção do Consumidor", não obstante a Constituição Federal atual haver, de forma imperativa, quando impôs a obrigação do Estado a adotá-lo, chamado-o de "defesa do consumidor", conforme está nos artigos abaixo transcritos:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à prosperidade, nos termos seguintes:

(...)

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a *defesa do consumidor*;...

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando os seguintes princípios:

(...)

V - *defesa do consumidor*;....

ADCT:

Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias, elaborará Código de *Defesa do Consumidor*." (grifos nossos)

Nas três oportunidades referidas, em títulos e capítulos distintos, a vontade do constituinte foi manifesta na expressão "*defesa do consumidor*". Resta examinar, assim, para melhor se aplicar os ditames do Código em exame, se a aposição do termo "proteção" pelo legislador ordinário, no lugar de "defesa", como presente na Carta Magna, reflete alguma significativa modificação.

O vocábulo "defesa", originário do latim *defensa*, é um substantivo que significa a execução de um ato por alguém para se defender de algo contra si investido e que lhe cause dano. É, conseqüentemente, a resistência a um ataque a um bem da vida, a fim de que seja restaurada a normalidade das relações jurídicas, ou, no entender de DE PLÁCIDO E SILVA, serve, "em sentido amplo, para indicar todos os meios que assistem a cada pessoa para contrapor-se aos ataques dirigidos à sua pessoa ou a seus bens, em virtude dos quais opõe justa repulsa às ofensas físicas ou jurídicas, pelo menos intentadas" (*Dicionário Jurídico*, vol. II, p. 486, 4ª ed., Forense).

O vocábulo "proteção", oriundo do latim *protectione*, é, também, substantivo, com significação de ato de amparo, de apoio, de auxílio ou de privilégio que se concede a alguém.

A sua peculiar característica é se entender como sendo ação preventiva de "assistência ou de auxílio, prestado às coisas ou às pessoas, a fim de que se resguardem contra os males que lhe possam advir e em certas circunstâncias, a proteção revela-se um favor ou um benefício, tomando, assim, o caráter de privilégio ou regalia" (ver DE PLÁCIDO E SILVA, ob. cit., vol. III, p. 1248).

Estabelecidos tais conceitos sobre os termos "defesa" e "proteção", conclui-se que:

- a) o emprego do vocábulo "defesa", no ordenamento jurídico, retrata a conduta de alguém que repele, por meios jurídicos, a ofensa contra si cometida ou contra seus bens;

b) o termo "proteção", quando aplicado no ambiente jurídico, não exige, para ter eficácia, que a agressão a qualquer bem jurídico já tenha se consumado, por ter sentido de ação preventiva ou de auxílio, além de, em algumas situações, expressar privilégio.

O fato de a Constituição Federal ter empregado "defesa" e a legislação subordinada "proteção" não causa embaraço ao intérprete, muito embora, etimologicamente, como demonstrado, exista acentuada diferença de significado entre os dois vocábulos. O que há de se considerar, na interpretação de tais normas, é que a exigência da Constituição Federal no estabelecimento de regras de defesa do consumidor compreende, também, a sua defesa por meio de ações preventivas previstas na lei, em razão da potencialidade ofensiva presumidamente possuída por aqueles responsáveis pela fabricação e fornecimento do produto ou pela prestação do serviço.

A defesa do consumidor está inserida na Carta Magna como garantia fundamental a ser dada pelo Estado ao cidadão.

O âmbito da sua proteção, vinculada a uma relação de consumo, há de ser ampla e ilimitada. Não está sujeita, portanto, a qualquer restrição, salvo no que se referir a consumo decorrente de atividades ilícitas, como por exemplo a referente a fornecimento de drogas, contrabando, etc.

A defesa do consumidor pelo Estado é uma garantia fundamental de eficácia imediata, por ter efeito de impor as regras estabelecidas às entidades públicas e privadas encarregadas de exercê-la. Além de ter essa conotação hierárquica no contexto da Carta Magna, constitui-se em um dos princípios a ser seguido para o desenvolvimento da atividade econômica do País (art. 170, VI, da CF), sendo meio contribuidor para se atingir o desiderato constitucional em que ela (atividade econômica) se fundamenta, que é na "valorização do trabalho

humano e na livre iniciativa", para que possa "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social."

A elevação da defesa do consumidor à categoria de princípio constitucional exige que as normas reguladoras se apresentem como realizando "algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas", pois, "os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fática ou jurídica" (J. J. GOMES CANOTILHO, *in Direito Constitucional*, Edit. Almedina, p. 545, 5ª edição).

Como observado, a expressão "*defesa do consumidor*" posta no texto constitucional, em três oportunidades, tem uma abrangência maior do que a da sua significação etimológica e não possui significado autônomo. Ela está vinculada a um momento histórico vivido pela Nação que, ao ser analisado pelos juristas, revelou a necessidade de se proteger as relações de consumo, como já vinham fazendo, desde muito tempo, outras nações.

Os referidos vocábulos, compreendidos de forma vinculada e sistêmica, expressam uma realidade presente na universalidade formada pelos fatos e que necessita ser regulamentada. Os efeitos a serem produzidos pela irradiação de suas forças não podem sofrer limitações, sob pena de se restringir, sem autorização constitucional, a sua real eficácia e efetividade.

O sentido dessa normatividade constitucional é, portanto, de defender, em toda a sua extensão, o consumidor, protegendo-o, em qualquer tipo de relação legal de consumo, de ações que desnaturam a natureza jurisdicional desse tipo de negócio jurídico.

Aplica-se na interpretação da norma ventilada, entre tantos outros, especialmente o denominado princípio da máxima efetividade da

norma constitucional. J. J. GOMES CANOTILHO, ob. cit., p. 233, explica o seu sentido, do modo seguinte:

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas, deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

É evidente que, para se obter a maior eficácia da garantia fundamental do Estado em defender o consumidor, há de ser estabelecido um padrão legal de condutas que o proteja da violação dos seus direitos, no momento em que se compromete com uma relação de consumo, quer em forma de promessa, quer definitiva.

Não há, portanto, diferenciação substancial a ser feita, ao se interpretar cláusulas de um contrato firmado pelo consumidor, pelo fato de a Constituição Federal se referir a "defesa do consumidor" e a legislação ordinária ter optado por "proteção ao consumidor".

Ao hermeneuta cabe extrair da norma o seu verdadeiro alcance e o máximo de eficácia e efetividade que ela proporciona, para que seja atingido o êxito da função harmonizadora que tem.

2 - O Contrato de Relação de consumo no Código de Consumidor - Conceito - Princípios Informativos

A noção contratual, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, apresenta-se influenciada pelo caráter evolucionista e contemporâneo dos rumos que a Ciência Jurídica vem tomando, pela necessidade que tem de regular fatos econômicos já cristalizados no ambiente social.

A fixação de um conceito, no momento atual, exige, porém, que sejam revivados os princípios e regras que informam a relação contratual geral, pois eles se constituem em base irremovível para a concepção daquela relação obrigacional.

Os contratos, na doutrina atual, são regulados pelos princípios e regras seguintes:

- a) o de que o contrato em relação a pessoa que não o firmou, que dele não participou expressamente, é ato que não o prejudica e nem o beneficia;
- b) o de que as cláusulas contratuais têm eficácia relativa, por só atingirem as partes que o firmaram;
- c) o de que a autonomia da vontade, até então celebrada como fator preponderante a refletir nos contratos, o máximo que cedeu foi para agasalhar limitações impostas pela ordem pública ou pelo dirigismo contratual mitigado;
- d) o de que deve se aceitar o Estado intervir na limitação da autonomia da vontade, em razão da necessidade do contrato se constituir em instrumento capaz de produzir efeitos que sejam aceitos pela sociedade e que contribuam para fixar uma solidariedade mais intensa entre os homens, quando no trato dos seus negócios jurídicos;
- e) o de que a limitação imposta à livre manifestação da vontade no contrato, "sacrifica a amplitude dos seus princípios básicos em favor das restrições que almejam fazê-lo mais justo e humano", *in* SÍLVIO RODRIGUES, *Curso de Direito Civil*, p. 24, 22^a ed., Ed. Saraiva;
- f) o de que o privilégio da autonomia privada está consubstanciada na igualdade entre as partes, pelo que, quando ela é violada, cabe ao Estado intervir para recompor o equilíbrio originário do ajuste;
- g) o de que o concurso de vontades constitui-se em elemento fundamental para a sua validade e elaboração;
- h) o de que a obrigação contratual só cria estabilidade se existir livre manifestação da vontade das partes;

i) o de que as cláusulas contratuais têm força de lei entre as partes, desde que não violem regra ou princípio legal posto no ordenamento jurídico;

j) o de que a validade do contrato se apóia na convenção firmada pelas partes, na licitude do objeto perseguido, na certeza da coisa negociada, na capacidade das partes e na liberdade com que foi manifestado o consentimento;

l) o de que a nulidade dos contratos, por culto ao princípio da conservação, só deve ser decretada em situações onde vícios graves e nítidos estejam presentes e que contribuam para gerar fortes distorções na substância do acordado;

m) o de que as obrigações surgidas dos contratos só se aperfeiçoam se resultarem de lei ou de fatos por ela não proibidos, de modo explícito ou implícito;

n) por fim, o de que o direito contratual está fundado em três princípios nucleares, a saber: o da autonomia da vontade; o da supremacia da ordem pública; e o da obrigatoriedade do que foi ajustado, que só pode ser deixado sem cumprimento se ocorrer caso fortuito ou força maior.

O contrato, no Código de Proteção ao Consumidor, apresenta-se vinculado a todos os princípios e regras acima descritos e aos fixados, de modo específico, pela nova ordem jurídica material incidente sobre as relações de consumo. Entre eles, inclui-se o determinante de que, nos contratos de consumo, a igualdade formal posto na Constituição Federal há de ser seguido de modo que sejam corrigidas as desigualdades, por acaso surgidas, decorrentes do fato de um lado ser contratante uma parte mais forte em termos econômico e de outro, em regra geral, o consumidor de menor potencialidade financeira.

ARNOLDO WALD, em *Obrigações e Contratos*, 10ª edição atualizada e que contou com a colaboração de SEMY GLANZ, vol. 2, p. 521, inspirado em GEORGES RIPERT (*L'Ordre Economique et la Liberte Contractuelle*, in Etudes Génys e GERARD FARJAT, *Droit Economique*), destaca essa concepção da relação do consumo em frente ao princípio da igualdade:

A sociedade industrial adotou uma nova concepção das relações econômicas e sociais que, ultrapassando o princípio da igualdade formal assegurada constitucionalmente, procura corrigir as desigualdades naturais ou existentes de fato, entre os seus participantes. Há, pois, uma tendência no sentido de proteger o economicamente mais fraco contra o mais forte, o leigo contra o profissional. Assim sendo, surgiu e desenvolveu-se, especialmente a partir do início do século, um conjunto de regras que constituem, hoje, a ordem pública econômica. No passado, alguns autores chegaram a enfatizar a importância crescente de um direito novo, que chamavam 'direito social', enquanto outros lhes respondiam, adequadamente, que todo direito era social. Mas, de qualquer modo, entendeu-se necessário estabelecer uma proteção especial que atendesse aos casos concretos, nos quais as normas jurídicas podiam levar a injustiças.

O contrato de relação de consumo, como já afirmado, não se desvincula dos valores jurídicos adotados pelo direito privado para os contratos em geral. Apenas adota-os de modo mais flexível e com a produção de efeitos que visem a evitar abusos provocados por estamentos econômicos e mais fortes que se posicionam sempre como fornecedor do bem ou executor do serviço consumido.

Por isso, presto e dou apoio a ARNOLDO WALD, *in* obra já citada, p. 529, quando doutrina:

Verifica-se, assim, que longe de se criar um 'direito alternativo', rompido com o sistema tradicional, a elaboração do direito do consumidor foi uma especialização útil e necessária, que mantém os princípios e normas do direito privado e os desenvolve com maior densidade em relação a atividades e situações específicas. Efetivamente, a sistemática do novo Código do Consumidor foi inspirada pelas normas do Código Civil, que vedam o abuso do direito (art. 160) e determinam a prevalência da vontade real sobre a sua manifestação (art. 85), e as do Código Comercial, que mandam atender, na interpretação dos contratos, aos princípios da boa-fé e à estrutura e natureza do negócio jurídico, aos usos e costumes locais, e, no caso de dúvida, beneficiar o devedor (art. 131), assim como pelas posições da jurisprudência e dos vários projetos do Código, que deram um tratamento próprio aos contratos de adesão e adotaram, excepcionalmente, a teoria da imprevisão.

Por essa razão, o legislador estatuiu, no corpo do Código de Proteção ao Consumidor (art. 4º), uma Política Nacional a ser aplicada às relações de consumo, adotando princípios específicos a serem seguidos e que convivem, de modo harmônico, com os demais princípios gerais e específicos reguladores dos contratos firmados em tal espécie de negócio jurídico.

A obediência a tais princípios é imperativa, pelo que as relações de consumo devem se desenvolver e serem interpretadas sem qualquer afastamento dos propósitos que os revestem e os caracterizam.

As dicções do art. 4º da Lei nº 8.078, de 11.09.90, não são, ao meu pensar, de natureza pragmática, como alguns autores estão a entender, entre eles FRANCISCO CAVALCANTI, *in Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*, Edit. Del Rey, pp. 24/25, 1ª ed., 1991, porque, ao seu modo de ver, "indica os valores básicos que o Estado, entendendo relevantes, estabelece como metas a alcançar no tocante à relações de consumo."

A discordância que acentuo está inspirada na circunstância de que não extraio do referido art. 4º a compreensão de que ele indica valores básicos para o Estado aplicar, segundo o seu entendimento, de serem relevantes ou não. Não há outorga ao Estado de atividade discricionária pelo referido dispositivo. Ele expressa, em toda a sua extensão, uma força cogente obrigatória não só para o Estado como instituição, mas, também, para os sujeitos envolvidos na relação de consumo, por determinar que a política a ser aplicada no referido negócio jurídico obedecerá, de qualquer modo, aos princípios que fixa. Ora, se fixa princípios, impõe uma carga de executoriedade maior e definitiva ao estabelecido, sem qualquer conotação de permitir à autoridade representante do agir do Estado de examinar se há relevância ou não no fato provocado pela relação de consumo.

A relevância já está contida na própria norma, ao ter vida no ordenamento jurídico, por se apresentar regulando um princípio jurídico. Assim sendo, ele se impõe por si mesmo, o que não é característica essencial da norma programática como a entendem muitos doutrinadores.

Há, também, de se considerar o estágio atual da doutrina sobre a concepção de normas programáticas, na advertência de CANOTILHO, ob. cit., p. 188:

A complexa articulação da textura aberta da Constituição com a positividade constitucional sugere, desde logo, que a garantia da força normativa da Constituição não é tarefa fácil. Se o direito constitucional é direito positivo, se a Constituição vale como lei, então as regras e princípios constitucionais devem obter normatividade, nos seguintes sentidos:

- 1) possibilidade de regular jurídica e efetivamente as relações da vida (P. HECK);
- 2) dirigir as condutas e dar segurança a expectativas de comportamento (LUHMANN).

Com base em tais conclusões, ao fixar o sentido das normas programáticas, adverte o mencionado constitucionalista português:

Precisamente por isso, e marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve dizer-se que hoje não há normas constitucionais programáticas. Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que impõem uma atividade e dirigem materialmente a concretização constitucional (fls. 189/190, ob. cit.).

O conteúdo do art. 4º da Lei n. 8.078, de 11.09.90, está vinculado à determinação do art. 170 da Constituição Federal, de que a ordem econômica há de se desenvolver de forma que valorize o "trabalho humano", a "livre iniciativa", além de "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social", observando-se, entre outros, o princípio maior de que deve ser interpretado sempre como meio de defender o consumidor.

A defesa do consumidor é uma garantia fundamental que cabe ao Estado a obrigação de executá-la. Ao atuar estatal, em nenhum momento, foi outorgado o direito de só agir quando entender relevante o fato contido na relação de consumo. A Constituição já o disse que todos os fatos eram relevantes quando situados em tal círculo, quando determinou a proteção do consumidor e a elevou à categoria de direito fundamental e ao princípio a ser obedecido no referente à estabilidade da ordem econômica. Logo, nenhuma norma reguladora do consumo pode ter sentido programático, no conceito antigo, por ser inadmissível inverter a escala hierárquica composta, pela Carta Magna, para o ordenamento jurídico positivo.

ARNALDO RIZZARDO, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, colheu essa característica do art. 4º do Código do Consumidor. Entendeu-o como expelindo princípios a serem cumpridos, de modo obrigatório, nas relações de consumo, considerando a transparência como o primeiro deles.

Eis como se expressou:

As relações de consumo devem ser reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor, razão que impõe a obediência a alguns princípios.

O primeiro deles é a transparência, inserido no art. 4º da Lei nº 8.078, considerado por CLÁUDIA LIMA MARQUES como a informação clara e correta sobre o produto a ser vendido sobre o contrato a ser firmado, e mais a lealdade e o respeito que devem existir nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo (In *O Código de Defesa do Consumidor nos Contratos de seguro-saúde e previdência privada*, na Revista AJURIS, julho, 1995, pág. 86. O autor faz registrar a fonte de onde tirou o pensamento exposto de CLÁUDIA LIMA MARQUES: *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, Ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1992, p. 104).

Estabelecida essa condição imperativa do art. 4º da Lei nº 8.078, ao ditar a política nacional a ser seguida nas relações de consumo, identificam-se, agora, em seu conteúdo, além do princípio da transparência, os seguintes:

- a) o de que as regras contidas no Código de Proteção ao Consumidor para a formação dos contratos, além de serem obrigatórias, devem ser interpretadas com o objetivo expresso de atender às necessidades dos consumidores, respeitando, especialmente, a sua dignidade, saúde e segurança;
- b) o de que a Política Nacional das Relações de Consumo se desenvolve por meio de atividades vinculadas fixadas na lei, com objetivo, também, de proteger os interesses econômicos do consumidor, de alcançar a melhoria da sua qualidade de vida, bem como de ser imposto uma harmonia nas relações de consumo desenvolvidas com base nos princípios aqui apreciados e com efeitos preestabelecidos;
- c) o de que a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo há de ser considerada na execução da Política Nacional de Relações de Consumo, não só pelo legislador ao elaborar a norma, mas, também, pelo Executivo ao regulamentá-la e fiscalizar o seu cumprimento e ao Judiciário quando for chamado a aplicá-la;
- d) o de que a proteção efetiva ao consumidor é uma obrigação do Estado como um todo, pelo que não deve, apenas, atuar diretamente através de seus órgãos, mas fomentar incentivos para que sejam criadas associações privadas representativas dos consumidores para o exercício, também, de tal missão, a quem lhes devem ser fornecidos meios de desenvolvimento e atuação eficaz;
- e) o de ser obrigatória a presença do Estado no mercado de consumo, regulando diretamente as suas atividades, para evitar atentados ao direito do consumidor;
- f) o de o Estado garantir aos consumidores que os produtos por eles adquiridos sejam de qualidade indubitosa, inofensivos à saúde e capazes de lhes proporcionar bem-estar, e de que os serviços que lhes são prestados possuam "padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho";

g) o de que a "proteção do Estado deve estar presente em normas que permitam, nos contratos firmados, harmonizar os interesses dos participantes das relações de consumo", compatibilizando a "proteção do consumidor com a necessidade do desenvolvimento econômico e tecnológico", tudo com o propósito de tornar operativos os "princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores";

h) - o de que deve ser estabelecida uma política voltada para educar e informar fornecedores e consumidores, advertindo-os dos seus deveres e direitos, tendo como finalidade melhorar o relacionamento dos mesmos no mercado de consumo;

i) o de que há de ser voltada a atuação do Estado para, constantemente, incentivar o fornecedor a adotar meios eficientes de "controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução para os conflitos decorrentes das relações de consumo";

j) o de que o Estado deve agir, por si e por órgãos por ele delegados (associações criadas para tal fim), no sentido de coibir e reprimir, de modo eficiente, todos "os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos que possam causar prejuízos aos consumidores";

l) o de que é obrigação do Estado racionalizar os serviços públicos, proporcionando melhor atendimento à população;

m) por fim, o de que o Estado e outros órgãos especializados não-estatais devem estudar constantemente o mercado de consumo, com olhos voltados para as transformações a que sempre está sujeito, a fim de serem propostas soluções que aprimorem as relações de consumo entre os fornecedores e os consumidores.

Os contratos decorrentes do consumo estão submetidos, ainda, aos efeitos de outros princípios que lhes são aplicados por determinação legal.

O art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, em sua parte final, considera nulas, de pleno direito, as cláusulas contratuais

relativas ao fornecimento de produtos e serviços que se apresentem incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

O princípio da boa-fé, na ciência jurídica, tem uma construção conceitual rígida. É a ação produzida com pureza de intenção, sem qualquer manifestação dolosa, com obediência aos padrões normais de conduta legal e sem vontade de produzir qualquer dano a alguém.

O atuar em estado de boa-fé é protegido pela lei, pouco importando que esse valor na ação se apresente implícito ou explícito. Suficiente que ele se configure de modo indubitável.

Para que a cláusula contratual seja nula de pleno direito, de acordo com o art. 51, IV, do Código de Proteção ao Consumidor, basta que seja incompatível com a boa-fé adotada em comportamento de homem comum. A lei não exige condições especialíssimas para o reconhecimento da existência da boa-fé, nem que o sujeito tenha elevado grau de compreensão a seu respeito.

O Código de Proteção ao Consumidor, ao prestigiar o princípio da boa-fé, seguiu comportamento já adotado pelo nosso Código Civil, nas situações definidas pelos artigos 109 e 112 (casos de alienação com boa-fé de imóvel recebido em situação de fraude contra credores); 221, *caput*, e 232 (no casamento putativo); 255, parágrafo único (situação em que o terceiro adquire imóvel vendido sem o consentimento do outro cônjuge); 490 a 492 (posse de boa-fé); 510 (do direito aos frutos pelo possuidor); 516 (indenização e retenção pelas benfeitorias realizadas e irresponsabilidade pela perda ou deterioração da coisa, quando presentes a boa-fé); 549 (na construção ou plantação em terreno alheio, quando o ato foi feito em boa-fé); 550 e 551 (no usucapião de imóvel); 618 e 619, parágrafo único e 619 (no usucapião de bem móvel); 612 (na especificação); 622 (na aquisição de bem a *non domino*); 933 (do credor que recebe em pagamento coisa fungível); 935 (no pagamento feito ao credor aparente); 968 (na alienação de imóvel recebido indevidamente);

1.072 (na boa-fé do cessionário); 1.272 (da venda pelo depositário); 1.321 e 1.318 (da extinção ou revogação do mandato); 1.382 (do sócio-gerente que age em boa-fé); 1.404 (da renúncia do sócio); 1.443 a 1.446 (da boa-fé nos contratos de seguro); 1.477, parágrafo único (da boa-fé nas dívidas de jogo); 1.507 (da boa-fé usada pelo portador de título); e 1.600 (da aquisição de bem, com boa-fé, a herdeiro aparente).¹

Esse princípio da boa-fé se sobrepõe a qualquer outro, especialmente ao de que as cláusulas contratuais devem ser respeitadas, porque por ele se prestigia o atuar da "pessoa que, agindo com todo o critério, foi conduzida a erro escusável, a uma determinada posição. Muitas vezes, no conflito entre essas duas soluções, o legislador, embora fuja à lógica do sistema, opta pela última, para dar validade ao ato praticado de boa-fé" (SÍLVIO RODRIGUES, em *Direito das Obrigações*, p. 138, vol. 2, Ed. Saraiva, 1993).

Um outro princípio informador da eficácia do contratos regulados pelo Código de Proteção ao Consumidor é o de que são nulas, de pleno direito, as cláusulas fixadas no ajuste que se apresentem incompatíveis com a equidade.

Equidade, na doutrina antiga do direito, era conceituada como tendo sentido análogo de justiça, confundindo-se com caridade.

Na atualidade, compreende-se equidade como sendo a lei aplicada de modo que produza a integridade dos efeitos nela contidos e que reflitam uma justiça seguida com base na igualdade, mesmo que seja necessário contrariar a expressão gramatical da lei.

A equidade tem lugar quando a lei se apresenta com muito rigor para solucionar determinado conflito onde uma das partes é economicamente mais fraca.

¹ A pesquisa foi feita na obra de THEOTÔNIO NEGRÃO, *Código Civil e legislação em vigor*, 22^a ed. Apenas colocaram-se os artigos em ordem crescente.

A sua finalidade é corrigir determinada situação de injustiça comprovada na aplicação da lei. Ela modifica a eficácia aparente da lei, evitando que, por causa do excessivo rigor com o fato por ela regulado, se profira decisão que contrarie princípios fundamentais de direito.

A função da equidade é, sem se afastar do círculo abrangido pela lei, torná-la benigna e mais humana quando interpretada em cada caso concreto.

O Direito Civil Brasileiro permite que o juiz, ao aplicar a lei, proceda com base na equidade, em quatro oportunidades.

A primeira é a prevista no art. 1.456: " No aplicar a pena do art. 1.454, procederá o juiz com equidade, atentando nas circunstâncias reais, e não em probabilidades infundadas, quanto à agravação dos riscos".

O referido artigo cuida de regular situações comportamentais decorrentes do seguro que, se praticadas, levá-lo-á a perder o direito ao seguro.

A segunda está prevista no art. 38, parágrafo único, da antiga Lei de Locação de Prédios Urbanos (Lei nº 6.649, de 16.05.79, porém, ainda, aplicável aos processos em curso, em razão de disposição expressa contida no art. 76 da Lei nº 8.245, de 18.10.91, atual Lei do Inquilinato).

Segundo o referido dispositivo, o juiz, em caso de ação de despejo envolvendo sublocatários legitimados e interessados em continuar a locação, após ouvir o locador, pode decidir por equidade.

A terceira possibilidade de o juiz decidir com base na equidade está autorizada no art. 16, da Lei de Luvas (Decreto nº 24.150, de 20.04.43), em vigor apenas para os processos que se encontravam em curso quando do início da vigência da Lei nº 8.245, de 18.10.91, conforme previsto no art. 76. O teor do dispositivo supra é o seguinte:

O juiz apreciará, para proferir a sentença, além das regras de direito, os princípios de equidade, tendo, sobretudo, em vista as circunstâncias especiais de cada caso concreto, para o que poderá converter o julgamento em diligência, a fim de melhor se elucidar.

O art. 1.040, V, do Código Civil contém a quarta e última possibilidade de se decidir litígios com base na equidade.

Segundo a mencionada norma positiva, no compromisso arbitral comporta autorização para que os árbitros julguem por equidade, fora das regras e termos de direito.

É de ser lembrado que, em nosso ordenamento jurídico, o juiz só julga fundamentado na equidade quando a lei o autoriza expressamente. Essa determinação está na dicção do art. 127 do Código de Processo Civil:

"O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei."

É de significativa importância a aplicação do princípio da equidade nas relações de consumo, por permitir que o julgador, ao apreciar cada caso concreto, não observe o critério de legalidade estrita, pelo que lhe é permitido adotar solução que, a seu juízo e em decorrência das circunstâncias, lhe pareça mais conveniente e oportuna para fazer justiça.

É de sumo relevo se destacar o raio de ação do princípio da equidade nos conflitos de consumo, tendo em vista que, hoje, a sua aplicação é autorizada no Juizado das Pequenas Causas, onde a maioria das mencionadas controvérsias podem ter curso, pelo menor interesse econômico que ostentam, conforme informa o art. 6º da Lei nº 9.099, de 26.09.95:

O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do juiz, na forma dos arts. 4º e 5º desta lei, podendo decidir por equidade.

A conclusão que se firma é que o art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor elevou a aplicação da equidade à categoria de princípio, princípio a ser seguido quando qualquer cláusula contratual a violar.

3 - Princípios e regras a serem aplicados na interpretação do contrato regulado pelo código do consumidor

Fixados os conceitos e regras supracomentados, busca-se, agora, enumerar os essenciais princípios gerais que devem ser aplicados na interpretação das cláusulas firmadas em contratos regulados pelo Código de Proteção ao Consumidor.

Sem enumeração exaustiva, ao meu pensar, ei-los:

a) as normas positivas presentes no Código de Proteção ao Consumidor possuem uma forte carga de ordem pública e se apresentam cogentes, imperativas e de aplicação imediata;

b) em sua essência, elas são de interesse social, por se destinarem a beneficiar uma coletividade, com a não-valorização do indivíduo isolado, revelando, assim, o seu caráter socialista, pelo que, se a cláusula contratual apresentar dúvida quanto à sua intenção, deve ser interpretada em benefício do consumidor;

c) toda a conclusão a ser firmada sobre a sua eficácia deve estar vinculada à idéia de que as normas do Código de Proteção ao Consumidor regulam relação de consumo, espécie de negócio jurídico mais abrangente do que os demais, por envolver aspectos de ordem financeira do menos favorecido, de abastecimento da população, de segurança nas transações a serem realizadas pelo homem comum, de confiança no produto entregue para consumo tendo em vista a necessidade da saúde, e do meio ambiente serem protegidos, tudo gerando harmonia, confiabilidade e melhores condições de vida (art. 4º);

d) o intérprete deve se voltar para prestigiar as entidades jurídicas que circulam no Código de Proteção ao Consumidor com vistas ao caráter de universalidade que elas possuem, porque o consumidor é, também, uma coletividade de pessoas, mesmo apresentando-se de forma indeterminável;

e) a pessoa jurídica, desde que necessário para proteger o consumidor, deve ser desconsiderada, aplicando-se a teoria dos entes despersonalizados (*disregard doctrine*), conforme previsto nos artigos 3º e 28 do Código do Consumidor;

f) o conceito a ser firmado sobre produto deve se apresentar elástico, isto é, entendendo-se como sendo tudo que seja produzido pela natureza e que tome material ou imaterial (imóvel, produto vegetal, mineral, da colheita, agrícola, eletrodomésticos, de beleza, etc);

g) a mesma compreensão de largueza de entendimento deve se ter para com o serviço prestado, só excluindo-se, por causa da determinação legal, os decorrentes de relação trabalhista (art. 3º, § 2º);

h) reconhecer-se, por força da dicção legal, da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, fazendo aplicar tal influência na interpretação da cláusula contratual;

i) sempre aceitar a intervenção do Estado na relação de consumo, desde que atue em benefício do consumidor (art. 4º, II);

j) se considerar que a função da norma específica é de proteger direitos fundamentais do consumidor, como o da vida, da saúde, da segurança e da dignidade humana;

l) não se afastar do princípio de que a igualdade na formação do contrato decorrente da relação de consumo está vinculada à valorização da liberdade de escolha pelo consumidor;

m) valorizar o direito de o cidadão ser bem informado sobre produtos e serviços;

n) ter em vista que há de ser imposta uma nova postura para a publicidade, a qual deve se apresentar com lealdade, confiabilidade e clareza;

o) adotar uma postura que imponha modificação cogente, obrigatória, de qualquer cláusula contratual que estabeleça prestações desproporcionais, fazendo valer o princípio da proporcionalidade das obrigações no contrato firmado;

p) considerar sempre que o conceito de responsabilidade por dano moral foi ampliado, existindo, hoje, o chamado dano moral coletivo e difuso;

q) aplicar a inversão do ônus da prova (teoria objetiva da culpa), conforme determinado no art. 6º, VIII, do Código do Consumidor;

r) as regras de experiência no julgamento da causa devem ser aplicadas pelo juiz, ao ter que decidir uma querela de relação de consumo, homenageando, assim, o art. 335 do CPC;

s) dar valia aos contratos ou convenções internacionais quando não contrariarem princípios fundamentais de proteção ao cidadão;

t) considerar que deve ser obrigatória a informação ostensiva sobre produtos e serviços que prejudiquem a saúde;

u) responsabilizar, mesmo sem culpa, o fabricante por defeitos do produto e o executor do serviço, salvo quando, no último caso, o agente for profissional liberal (art. 14, § 4º);

v) impor solidariedade obrigatória nas relações de consumo que causem danos, quando for o caso.

Outras regras devem ser consideradas, tendo em vista os dispositivos legais que formam o Código de Proteção ao Consumidor. Destaco-as de forma assim ordenada:

a) a rescisão do contrato pode ser determinada com a restituição da quantia paga;

b) aos órgãos públicos, por si ou por suas empresas, concessionárias e permissionárias, deve ser imposta a obrigação de fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos;

c) a decadência e a prescrição, conforme posto nos arts. 26 e seguintes, têm regras específicas, não podendo ser vistas com os ditames do direito comum a respeito;

d) o princípio da desconsideração da pessoa jurídica, conforme previsão do art. 28, está ampliado, por se admitir

a sua aplicação, nos casos de falência, insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica (art. 28);

e) o contrato por oferta tem regra específica (art. 3º), pelo que a proposta torna-se cláusula obrigatória;

f) o fornecedor tem responsabilidade solidária pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos;

g) as práticas abusivas praticadas pelo fornecedor nas relações de consumo têm conceitos próprios estabelecidos no art. 39 do Código;

h) há proibição de se utilizar de meios vexatórios na cobrança de dívidas, pelo que deve se interpretar com extensão o conceito de ridículo e de constrangimento ou ameaça para alcançar tal fim;

i) os bancos de dados e cadastros têm regras fixadas para o seu funcionamento (arts. 43 e seguintes), passando a ser considerados como quase entidades de caráter público;

j) as cláusulas abusivas estão especificadas no art. 51 do Código;

l) as vantagens exageradas devem ser excluídas do contrato de relação de consumo;

m) o contrato de adesão se apresenta com uma nova visão jurídica, prestigiando-se o princípio da igualdade.

5 - Dificuldades para se aplicar o código do consumidor

Não obstante a quantidade de princípios e regras a serem seguidos para uma boa interpretação das cláusulas contratuais decorrentes de relação de consumo, entendo que, ao lado do esforço do legislador, da doutrina e da jurisprudência para o aprimoramento desse direito, há, ainda, dificuldades a serem vencidas para que se bem aplique o Código de Proteção ao Consumidor.

Alinho-as para melhor entendimento:

a) o não-aperfeiçoamento jurídico, tanto pela doutrina, como pela jurisprudência, como pelo legislador, da chamada

relação de consumo, por existir, ainda, alguns aspectos nebulosos a serem desvendados;

b) a necessidade de se impor mecanismos que obriguem às empresas a terem um assessoramento, de um modo muito melhor do que está sendo feito, onde a presença de especialistas em direito do consumidor seja uma constante;

c) a existência tímida da adoção de uma política de ampliação dos trabalhos das associações, dos sindicatos, dos clubes de serviços, das Universidades, dos órgãos assistenciais e jurídicos da União, dos Estados e dos Municípios, para que implantem uma cultura sobre proteção ao consumo na população;

d) a ampliação do aspecto penal para punir o controlador de mercado quando provocar danos ao consumo, de qualquer espécie, atingindo, especialmente, a pessoa dos administradores sócios principais;

e) a não-especialização de juízos, juizados de pequenas causas e de tribunais sobre direito do consumidor;

f) a criação, em todos os níveis, Federal, Estadual e Municipal, da figura do *Ombudsman* do consumidor;

g) a não-obrigatoriedade, em todos os níveis da educação, da disciplina "Direito do Consumidor".

6 - Relações jurídicas reguladas pelo código de proteção ao consumidor - controvérsias

A Lei nº 8.078, de 11.09.1990, fixa o âmbito de sua abrangência, apenas às relações de consumo, sem, contudo, defini-las, com precisão, quais as que assim devam ser consideradas.

O sistema adotado foi o de se considerar como relação de consumo a firmada entre consumidor e fornecedor de produtos ou prestador de serviços.

No lugar de se identificar os fatos determinantes e específicos dessa relação, preferiu o legislador definir, apenas, os sujeitos que a integram, o que tem provocado, em algumas situações, dificuldades aos

doutrinadores e aplicadores da norma em bem situar o campo em que deve atuar o referido Código.

O art. 1º da Lei nº 8.078, de 11.09.90, contenta-se, tão-somente, a afirmar que o Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor. Logo a seguir, o art. 2º define consumidor como "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

O art. 3º conceitua fornecedor:

É toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Produto e serviço estão definidos nos §§ 1º e 2º do art. 3º. O primeiro é, segundo o Código, "qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial". O segundo é considerado como sendo "qualquer atividade fornecida ao mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive os de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo os decorrentes das relações de caráter trabalhista".

FRANCISCO CAVALCANTI,² enfrentando o exame do referido parágrafo, doutrinou:

Esta exprime o conceito de produto. Em outros sistemas jurídicos produto representa expressão distinta de bem (mais restrita), podendo representar atividade de empresário o fornecimento de *los bienes, productos y ... los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios*. No CPDC adotou-se, todavia, conceito bem mais amplo, afastando-se até do conceito de produto previsto na legislação tributária. Produto, como previsto no dispositivo comentado, corresponde ao sentido de bem (exclusive os fora do comércio), o que se constata, inclusive, pelas espécies indicadas 'móvel ou imóvel', material ou imaterial.

² *Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*, Livraria Del Rey, 1ª ed, 1991, p. 21.

Posto, portanto, na lei que o objeto concreto da relação de consumo é o produto caracterizado por qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial, desde que seja utilizado pela pessoa física jurídica como destinatário final.

O vocábulo *produto*, juridicamente, significa toda uma utilidade produzida. E, neste sentido, tanto designa as utilidades materiais, tiradas do solo e subsolo, ou produzidas direta ou indiretamente por eles, como os que se fabricam ou se produzem pela ação do homem, pela transformação de uma coisa em outra e pelo trabalho,³ envolvendo, por consequência, as materiais e as imateriais, as naturais e as industriais.

O termo produto é empregado pelo Código Civil, nos artigos 60, 61, 528 e 1.417.

SERPA LOPES, citando CLÓVIS BEVILACQUA (*Teoria Geral*, § 39, p. 243), define, para os fins dos arts. 60 e 61, produto como sendo "as utilidades que se retiram da coisa diminuindo-lhe a quantidade, porque se não reproduzem periodicamente, como as pedras e os metais".⁴

Em passagem seguinte, informa que os produtos serão considerados frutos quando "a relação jurídica se estabelece em atenção à exploração de alguma pedreira ou mina, e quando o usufruto se constitui sobre mina ou pedreira em exploração".⁵

O art. 528 determina que

os frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário, salvo se, por motivo jurídico, especial, houverem de caber a outrem.

³ Conforme definição de DE PLÁCIDO E SILVA, em seu *Vocabulário Jurídico*, vol. III, p. 1233.

⁴ In MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, *Curso de Direito Civil*, Vol. I, p. 346.

⁵ Idem, pág. 346.

No art. 1.417 está registrado que "constituem objeto de partilha as crias dos animais e os seus produtos, como peles, crinas, lãs e leite".

Não há, como examinado, o emprego do vocábulo produto ligado diretamente à idéia de bem consumido.

A generalidade adotada para definir produto, conforme o art. 2º, § 1º, necessita ser compreendida como, apenas, o bem que se destina ao uso do consumidor em sua destinação final. Estão em tal situação todos os "bens de consumo adquiridos pelo destinatário final para uso próprio e de sua família".⁶

Defende ARNOLDO WALD, na obra supracitada, que nem o dinheiro, nem o crédito, não são produtos referidos pelo art. 2º da Lei nº 8.078. Ao seu entender, a entrega de dinheiro sob qualquer forma (mútuo, desconto, etc.) ou a promessa de entrega do mesmo (abertura de crédito) ao contratante ou a terceiro, não constitui aquisição de produto pelo destinatário final.

Em artigo sobre o assunto, na RT nº 666, p. 7, ARNOLDO WALD examina a repercussão do Direito do Consumidor em relação às instituições financeiras e, com base na posição que assumiu, referida no parágrafo anterior, podem ser destacadas a tomada das posições que enumero:

a) o Código de Defesa do Consumidor não se aplica às operações de produção, poupança e investimento, isto é, ao fenômeno de captação de recursos pelas instituições financeiras;

b) do mesmo modo às operações de empréstimos e outras análogas feitas pelos bancos, porque o dinheiro e o crédito não constituem produtos adquiridos ou usados pelo destinatário final, sendo, apenas, meios de pagamento;

⁶ ARNOLDO WALD, in *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 532, Vol. II, *Obrigações e Contratos*, 10ª ed.

c) as instituições financeiras, nas contratações de bens e serviços para a sua atividade empresarial, não são consideradas consumidores, para os fins legais específicos previstos no Código de Defesa do Consumidor;

d) o art. 52⁷ do Código de Defesa do Consumidor é, contudo, aplicável aos casos de crédito ao consumidor, sem que alcance as hipóteses de crédito livre.

CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, em artigo publicado na Revista dos Tribunais, vol. 666, p. 53, discorda de ARNOLDO WALD. Ao seu entender, não há permissão legal para se instituir o privilégio da exclusão das instituições financeiras dos efeitos do Código de Defesa do Consumidor, por pouco importar o tipo de transação que realiza.

No seu entender, o § 2º do art. 3º, ao considerar como serviço qualquer espécie de natureza bancária, financeira e de crédito, salvo as decorrentes de caráter trabalhista, está incluindo as instituições financeiras como sujeitas ao Código de Proteção ao Consumidor, qualquer que seja a modalidade de transação firmada.

Não me permito empregar qualquer interpretação restritiva aos dispositivos legais que compõem o Código de Proteção ao Consumidor, só pelo fato de que ele tem por finalidade tornar efetiva uma garantia constitucional.

A expressão natureza bancária, financeira e de crédito contida no § 2º do art. 3º não comporta que se afirme referir-se, apenas, às operações de crédito ao consumidor. Se a vontade do legislador fosse

⁷ Art. 52, do Código de Proteção ao Consumidor: "No fornecimento de produtos ou serviços que envolvam outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;

II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;

III - acréscimos legalmente previstos;

IV - número e periodicidade das prestações;

V — soma total a pagar, com e sem financiamento.

§ 1º. As multas demora decorrentes do inadimplemento de obrigação no seu termo não poderão ser superiores a 10% (dez por cento) do valor da prestação.

§ 2º. É assegurada ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos".

essa, ele teria explicitamente feito a restrição, que, se existisse, daria ensejo a se analisar da sua ruptura com os ditames da Carta Magna sobre o tema.

Uma outra controvérsia que se identifica nas relações de consumo e tem dificultado a execução dos contratos é a interpretação que vem sendo dada ao termo responsabilidade, constante no art. 24, inc. VIII, da CF, no tocante à aplicação do Código de Proteção ao Consumidor

O texto do referido dispositivo afirma que "compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre... responsabilidade por dano ao... consumidor...".

A indagação feita por alguns doutrinadores é: essa responsabilidade, a ser legislada de forma concorrente, é a de natureza civil, penal ou administrativa?

Não se pode interpretar o art. 24, inc. VIII, da CF sem se combinar o seu sentido com o art. 22, I, da própria Carta Magna. Pelo último dispositivo, "compete privativamente à União legislar sobre... direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho...".

Ora, havendo a fixação de competência privativa da União para legislar sobre determinada matéria, não é possível mitigá-la com os ditames da competência concorrente. Esta, no caso em análise, ao determinar a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, no art. 24, para legislar sobre responsabilidade por dano ao consumidor, está se referindo à de natureza administrativa, aí compreendendo a regulamentação do poder de polícia, da organização dos órgãos privados que irão auxiliar o Poder Público no aperfeiçoamento das relações de consumo, o procedimento a ser instaurado para apuração de faltas cometidas pelos fornecedores e comerciantes tendo em vista a

violação aos princípios da transparência, da lealdade, da boa-fé, da informação, da publicidade, etc.

Uma outra discussão tem se instaurado nas relações de consumo e que é a referente à responsabilidade civil do construtor. Este, em cláusula contratual, de modo explícito, se exonera, perante o proprietário e terceiros, da responsabilidade quinquenal a respeito das condições de insegurança do solo, quando previne em tempo o dono da obra.

É buscado apoio para tal cláusula exonerativa de responsabilidade no art. 1.245, Código Civil:

Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo, exceto, quanto a este, se, não o achando firme, preveniu em tempo o dono da obra.

HELY LOPES MEIRELLES, na sua obra *Direito de Construir*, 4^a ed., RT, 1983, p. 241, entende que o referido dispositivo do Código Civil está superado pela Lei n° 5.194, de 24.12.1966, que regula o exercício das profissões de engenheiro, arquiteto e engenheiro agrônomo, pois, no art. 7º está imposta a responsabilidade a tais profissionais pela segurança da obra, sem a limitação posta no art. 1.245 do Código Civil.

As razões apresentadas por HELY LOPES MEIRELLES são as que abaixo sintetizo:

a) o simples fato de o empreiteiro-construtor avisar o dono ou proprietário da obra de que o solo não apresenta segurança para ser levantada a construção não se constitui em causa legal para isentá-lo de responsabilidade, porque age com negligência quem constrói com tais vícios;

b) a responsabilidade profissional do construtor não é mais de natureza privada, tendo evoluído para se considerar como de ordem pública, portanto, não possível de, por vontade própria e unilateral, dela alguém se exonerar;

c) é da obrigação do empreiteiro, ao suspeitar da falta de condições técnicas do terreno, com vícios do solo, se recusar a executar o serviço encomendado;

d) a segurança dos edifícios não interessa só aos proprietários, mas a toda coletividade, por haver subordinação ao princípio do interesse geral da segurança e solidez da construção.

É de se ter atenção de que o posicionamento acima apontado e assumido por HELY LOPES MEIRELLES vai de encontro ao que a respeito doutrinou PONTES DE MIRANDA, in *Tratado de Direito Privado*, vol. 44/411; ELCIR CASTELO BRANCO, in *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 31, p. 271; CUNHA GONÇALVES, in *Dos Contratos Especiais*, p. 157, LIMONGI FRANÇA, in *Manual de Direito Civil*, tomo 2, vol. 4/179.

Em sentido favorável à tese defendida por HELY LOPES MEIRELLES:

a) ANN HELEN WAINER, in *Responsabilidade Civil do Construtor*, Forense e RT 665, p. 231;

b) ALMEIDA PAIVA, *Aspectos do Contrato de Empreitada*. 1ª ed., p. 90, 1955;

c) MIRANDA DE CARVALHO, *Rev. de Jurisprudência Brasileira*, p. 234;

d) COSTA SENA, in *Da Empreitada no Direito Civil*, 1ª ed., 1935, p. 86;

e) JOSÉ AGUIAR DIAS, in *Da Responsabilidade Civil*, vol. 1/37, 7ª ed., 1983;

f) SERPA LOPES, in *Curso de Direito Civil*, vol. IV, p. 184, 3ª edição.

O Projeto de Lei de Reforma do Código Civil de nº 634/75 prevê a exclusão da cláusula.

De complexidade, também, acentuada tem sido o problema da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço.

ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO, *in* artigo sobre o assunto, RT 666, p. 35, aprofunda o questionamento. Influenciado pelas suas idéias e por outras nascidas de alongada meditação sobre o problema, firmo as conclusões abaixo transcritas:

a) a doutrina entende que a reparação do dano pelo fato do produto e do serviço adotou a teoria da responsabilidade objetiva, fugindo, assim, do princípio de direito processual civil de que a prova dos fatos cabe a quem alega, pois, no caso, a vítima só tem necessidade de provar a autoria, o fato e a relação de causalidade existente entre ambos como causador do dano;

b) o Código do Consumidor seguiu a mesma orientação e tratou do assunto em três esferas: a administrativa, a civil e a penal;

c) preocupou-se, também, o Código de Consumidor em detalhar os aspectos de segurança contra os riscos determinantes de tal espécie, de dano, conforme se conclui dos arts. 8º a 10:

Art. 8º. Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Parágrafo único. Em se tratando de produto industrial ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto.

Art. 9º. O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

§ 1º. O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente a sua introdução no mercado de consumo,

tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

§ 2º. Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço.

§ 3º. Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito.

d) o consumidor, para fins de reparação do dano pelo fato do produto e do serviço é qualquer um que tenha sido vítima;

e) em se tratando de serviços prestados pelos profissionais liberais, não se segue a responsabilidade objetiva, exigindo-se a prova da culpa.

f) o comerciante será o responsável (caso de responsabilidade subsidiária) quando for difícil ou impossível a responsabilidade do produtor. Nessa situação, a indagação a ser feita é se o comerciante tem direito de regresso ou pode alegar, em seu favor, o benefício da excussão.

7 - A aplicação do Código de Defesa do Consumidor a situações especiais de relação de consumo

A doutrina tem se inclinado para não aplicar o Código do Consumidor nas denominadas práticas assistenciais e beneméritas, em face da gratuidade que a reveste.

É uma posição que exige muita acuidade do intérprete. Há necessidade de se verificar se a gratuidade do serviço assistencial ou benemérito não está provocando lucro, renda ou qualquer outro benefício para o executor ou para a sociedade. Entendo que somente as puras práticas assistenciais ou beneméritas estão fora do alcance do Código do Consumidor. São aquelas prestadas por irmãs de caridade, por grupos que voluntariamente se entregam a realizar tal missão em benefício do

próximo, enfim, inexistente o tráfico de dinheiro no ato praticado e, nem indiretamente, vantagem financeira para a pessoa ou para a instituição executora.

O art. 28 do Código de Proteção ao Consumidor homenageia, de forma expressa, a aplicação da *disregard doctrine* em nosso ordenamento jurídico, sob o título de desconsideração da pessoa jurídica.

Em síntese, tal doutrina consiste na aplicação da técnica processual que permite ao juiz tornar efetiva a responsabilidade civil, por diversas razões de relevo, sobre outras pessoas, físicas ou jurídicas.

A lei não autorizou à autoridade administrativa fazer uso da referida teoria. O seu uso é privativo da autoridade judiciária.

Três categorias de causas permitem ao juiz a utilização da desconsideração da personalidade jurídica:

a) as que formam o primeiro grupo:

a.1 - o abuso do direito;

a.2 - o excesso de poder;

a.3 - a infração da lei;

a.4 - o fato, ou o ato ilícito;

b) o segundo grupo que é formado por causa única: a má administração societária que resulte na falência da pessoa jurídica ou física;

c) o terceiro grupo, também, constituído por causa única: quando ficar comprovado que a personalidade da pessoa jurídica seja obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores, como, por exemplo, a desastrosa administração.

Interessante pretensão da aplicação do Código de Proteção ao Consumidor está presente na Ação Coletiva intentada pelo Ministério

Público Federal, através dos Procuradores da República em Mato Grosso, Drs. Moacir Mendes Sousa e Roberto Cavalcanti Batista, onde consta o pedido que transcrevo:

Ante o exposto, o Ministério Público Federal requer a V. Ex^a, objetivando conter a instalação do arbítrio definitivo, ex vi do art. 12 da Lei n^o 7.347/85, c.c. o art. 84, §§ 3o, 4o e 5o, da Lei n^o 8.078/90, se digne de conceder mediante liminar, independentemente de justificação prévia, para determinar o seguinte:

a) A suspensão da vigência do art. 1o da Circular n^o 08/92, da SUSEP, ordenando, em consequência, que a SUSEP determine aos Agentes Financeiros da Habitação a restauração, de imediato, dos contratos atingidos pela Circular n^o 08/92-SUSEP, do valor, em termos percentuais, que representava a parcela do seguro quando da assinatura do Contrato.

b) Caso assim não entenda V. Ex^a, que se suspenda, de plano, o aumento determinado pela Circular n^o 08/92-SUSEP, nos contratos por ela indicados, vigorando, a partir daí, o aumento na mesma proporção e no mesmo período previsto para o aumento da prestação conforme estipulação contratual.

c) Acaso concedida a liminar, sejam notificados os Srs. Superintendente da SUSEP e Presidente da Comissão Nacional de Seguros Privados, ambos no endereço do preâmbulo.

d) Cominação de multa em caso de não-cumprimento da liminar, acaso seja esta concedida.

O pedido definitivo está assim colocado:

Por todo o fundamento aqui exposto, no mérito, requer o autor a V. Exa seja decretada:

I - a nulidade dos efeitos da Circular n^o 24/89, que majorou em 90% (noventa por cento) as taxas de prêmios do seguro habitacional;

II - a nulidade do art. 1^o da Circular n^o 08/92, que majorou em 60% e 30% as taxas de prêmio dos seguros habitacionais dos contratos firmados até 28.02.86 e 01.03.86 e 31.12.88, respectivamente, e, por consequência,

II- a - a restauração do valor, em termos percentuais, que representa a confirmação da medida liminar, acaso concedida, para os efeitos da letra c da fl. 19.

III - a imposição judicial - obrigação de não fazer - para que a Ré SUSEP se abstenha de expedir circulares que imponham majorações extraordinárias nas parcelas dos prêmios de seguro, em desacordo com as regras legais e contratuais estabelecidas;

IV - a imposição judicial - obrigação de fazer - de a Ré União ser obrigada a exigir da SUSEP a publicidade dos estudos, elaborados para o cumprimento da obrigação estabelecida nos itens 6.4.1/6.4.5 da cláusula 6a da força do que dispõe o art. 1º, §§ 2º e 3º, da Resolução CNSP 24, de 17.12.87 c.c. o art. 36 do Decreto-Lei nº 73/76 e art. 16, III, a, da Lei nº 8.490/92;

V - a procedência dos pedidos objeto da exordial, com a condenação das Rés nas custas e honorários advocatícios, estes na base de 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, e que

VI - as diferenças resultantes dessa determinação judicial serão resgatadas por cada mutuário de *per se*, mediante procedimento ordinário próprio, na forma do art. 103, III, do Código do Consumidor.

O inconformismo do Ministério Público, na presente ação, é com os termos da Circular nº 08/92, da SUSEP, que majorou a parcela dos prêmios de seguro das prestações do SFH, de modo unilateral em 60% (sessenta por cento) para os contratos firmados até 28.02.86 inclusive; e em 30% (trinta por cento) para os contratos firmados entre 01.03.86 e 31.12.88, inclusive.

O fundamento nuclear da ação está na afirmação de que

qualquer alteração a ser introduzida nos valores contratuais deve ter como fundamento as próprias cláusulas contratuais e suas condições iniciais, tendo em vista regra maior prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, bem assim o princípio geral da imutabilidade dos contratos, cujas normas de celebração, segundo é admitido no mundo jurídico, fazem lei entre as partes contratantes.

Manifestando, apenas, compromisso doutrinário com a tese, entendo que a colocação da parte autora está suportada por um bom fundo de direito, pois, conforme ela própria afirma, em suas razões de pedir,

esse é o esteio mestre a reger as relações negociais no direito privado, ou seja, a fidelidade e respeito às condições estabelecidas nos contratos. Fora daí, o equilíbrio contratual fica comprometido e a confiança abalada.

Sem conhecimento da conclusão da demanda, registro, apenas, que a liminar foi concedida.

Entendo necessitar, também, de noticiar estudo feito por ARNALDO RIZZARDO, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a respeito do *Código de Defesa do Consumidor nos Contratos de Seguro-Saúde e Previdência Privada* (AJURIS Ano XXII, 1995, julho, pp. 78/101).

O eminente doutrinador, após tecer considerações sobre o Seguro-Saúde, conceituando como o "contrato pelo qual o segurador se obriga a cobrir a indenização por riscos ligados à saúde e à hospitalização, mediante o pagamento do prêmio em determinado número de prestações", destaca as três possíveis modalidades de convênios que podem ser firmados a respeito (os que operam com rede hospitalar independente, porém a escolha do profissional é livre; os que possuem médicos e hospitais próprios, onde não há escolha do profissional; e o constituído por um sistema de reembolso das despesas, pelo qual o segurado escolhe o médico e o serviço hospitalar de sua confiança).

A seguir, faz uma análise da natureza dos contratos de seguro-saúde e de previdência privada, tendo-os como contrato bilateral, pela reciprocidade das obrigações, aleatório, porque o ganho ou a perda dos pactuantes depende de circunstâncias futuras e incertas, com carga adesiva, formal e de execução continuada.

Em outro passo, chama a atenção para as cláusulas abusivas em tais contratos, fazendo aplicar o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, especialmente no relativo ao problema das coberturas excluídas que, por serem tantas, muitas vezes tornam o ajuste desvantajoso para o consumidor.

Adentra, ainda, o referido estudo na necessidade de se definir, em sede de princípio contratual, situações como a escolha de profissionais médicos e hospitais, o período de internação, o prazo para comunicar a internação, a questão dos riscos cobertos, muitas vezes colocados de forma abstrata, os reajustes das contribuições e das coberturas, o período de carência, a rescisão motivada do contrato, a rescisão unilateral, as cláusulas restritivas sem destaque, os limites na cobertura, os honorários médicos complementares, a isenção de responsabilidade e a interpretação das cláusulas de conteúdo obscuro, vago ou aleatório, tais como: os tipos de serviços prestados, o período de internamento, a falta de especificação de doenças, o reajuste das mensalidades, a falta de índice fixo nas mudanças da faixa etária do segurado, etc.

Destaco a importância do trabalho acima pela necessidade que vejo de se estabelecerem regras mais sólidas a respeito desse tipo de relação de consumo, especialmente porque há uma tendência brasileira de expansão das empresas seguradoras de saúde, o que as leva a se organizarem para a exploração do mercado, enquanto, por mais crescente que seja a clientela, pela falência da previdência e da assistência pública em nosso meio, não está o cidadão, em sua organização social, preparado para defender os seus direitos, por ausência de uma cultura sobre o assunto.

8 - Manifestações jurisprudenciais sobre relações de consumo

Dentro da linha explorada no presente trabalho, penso que, em fase de conclusão, torna-se interessante apresentar alguns

pronunciamentos jurisprudenciais sobre as relações de consumo, todas elas após a vigência do Código de Defesa do Consumidor.

Inicialmente, destaco as Súmulas já baixadas pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça e que interessam à aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Valho-me, nesta oportunidade, do levantamento publicado na Revista *Direito do Consumidor*, RT, abril/junho, 1995, p. 138:

Súmula nº 5 - A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.

Súmula nº 19 - A fixação do horário bancário, para atendimento ao público, é da competência da União.

Súmula nº 30 - A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis.

Súmula nº 34 - Compete à Justiça Estadual processar e julgar causa relativa a mensalidade escolar, cobrada por estabelecimento particular de ensino.

Súmula nº 35 - Incide correção monetária sobre as prestações pagas, quando de sua restituição, em virtude da retirada ou exclusão do participante do plano de consórcio.

Súmula nº 37 - São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

Súmula nº 39 - Prescreve em 20 anos a ação para haver indenização, por responsabilidade civil, de sociedade de economia mista.

Súmula nº 43 - Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.

Súmula nº 60 - É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, na exclusivo interesse deste.

Súmula nº 61 - O seguro de vida cobre o suicídio não-premeditado.

Súmula nº 92 - A terceiro de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária não anotada no Certificado de Registro do Veículo Automotor.

Súmula nº 99 - O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte.

Tais súmulas, de modo direto ou indireto, firmam o entendimento predominante do Superior Tribunal de Justiça sobre variadas relações de consumo que foram levadas ao seu julgamento. A função uniformizadora que elas têm expõe a necessidade de torná-las públicas e serem motivo de debates sobre o seu conteúdo e alcance.

No âmbito do colendo Superior Tribunal de Justiça, destaco, citando apenas as ementas, as decisões seguintes:

É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste (Súmula 60, STJ), Recurso conhecido e provido." (*REsp 36.036-6-MT, 3ª T. - j. 30.08.93, Rel. Min. Costa Leite, in Rev. Direito do Consumidor, nº 13, p. 128*).

A tutela específica da obrigação deve ser de modo a que se realize na ordem prática o que foi contratado. Assim é que, descumprida a avença quanto à parte terrestre da excursão, impõe-se o fornecimento da passagem aérea, para o correio adimplemento do contrato. Inteligência do art. 84 do CDC. Recurso conhecido e parcialmente provido (*REsp 43.650-9-SP, 6ª T., J. em 30.08.94, Rel. Min. Costa Leite, in Rev. Direito do Consumidor, nº 16, p. 175*).

Admitida pela jurisprudência da Turma a validade da cláusula de decaimento, pela impossibilidade de aplicação imediata da norma do art. 53 do CDC, cabe ao Juiz, na forma do art. 924 do CC, fazer a devida adequação à regra contratual de perda da totalidade das prestações já pagas, a fim de evitar o enriquecimento ilícito.

Fixação do percentual de 10% para a retenção do preço pago, com restituição do restante, devidamente atualizado.

Recurso conhecido e provido em parte (*REsp nº 45.511-1-SP, 4ª T., j. 28.11.94, Rel. Min. Rosado de Aguiar, in Rev. Direito do Consumidor, RT, nº 16, p. 176*).

Interessante anotar que a referida decisão se inclinou no sentido de não aplicar o art. 53 do CDC aos contratos firmados anteriormente à sua vigência, uma vez que a lei, ainda que de ordem pública, não pode se sobrepor à regra do art. 5º, XXXVI, da CF, conforme afirmado no voto do eminente Relator.

Advirta-se, contudo, que o Min. Ruy Rosado de Aguiar, eminente Relator do referido recurso, embora tenha votado no sentido da decisão, ressaltou, contudo, o seu ponto de vista, esclarecendo:

Este entendimento tem, por certo, respaldo na melhor doutrina e apoio na jurisprudência, inclusive do eg. STF, razão pela qual não me move o propósito de querer modificá-la. De qualquer forma, devo expender, ainda que resumidamente, as razões que me levam a pensar de forma diversa,...

Mais adiante, acrescentou:

Os princípios fundamentais que regem os contratos deslocaram seu eixo do dogma da autonomia da vontade e do seu corolário da obrigatoriedade das cláusulas, para considerar que a eficácia dos contratos decorre da lei, a qual os sanciona porque são úteis, com a condição de serem justos (GHESTIN, *Traité de Droit Civil*, LDGL, 1988, 1;181). Nessa óptica, continua-se a visualizar o contrato como uma oportunidade para o cidadão, atuando no âmbito da autonomia privada, dispor sobre os seus interesses, de acordo com a sua vontade, mas essa manifestação de vontade não pode só por isso prevalecer, se dela resultar iniquidade ou injustiça. O primado não é a vontade, é da justiça, mesmo porque o poder da vontade de uns é maior que o dos outros e nos contratos de adesão, como é o caso dos autos, é mínimo o componente de vontade do aderente para estabelecer o conteúdo da avença.

No contrato de compromisso de compra e venda do bem imóvel, a cláusula contratual que determina a perda, em favor do promitente vendedor, das prestações pagas, caracteriza nítida perda de justiça por parte do promissário comprador, que não apenas vê desaparecer a oportunidade de aquisição do bem, já certamente mais valorizado do que qualquer moeda, nestes tempos de inflação, como ainda deixa de receber a devolução do que já desembolsou. Além da injustiça, ainda há a ofensa aos princípios jurídicos que regulam a resolução, cuja característica está na reposição

das partes à situação anterior. Reavendo o bem e embolsando os pagamentos recebidos, o promitente vendedor não só recompõe o seu patrimônio como o enriquece ilicitamente com as prestações, em troca das quais nada despendeu.

Com isso quero dizer que a cláusula de decaimento não podia ter reconhecida sua validade no sistema jurídico nacional, ainda antes da vigência do Código do Consumidor, porque violadora de diversos princípios do direito comum e do ordenamento constitucional, como o demonstrou o Prof. ALCIDES TOMASETTI JR. (Revista Direito do Consumidor 2/52).

O art. 53 veio apenas expressar um enunciado que já estava presente no ordenamento e era aplicado sempre que necessário para restabelecer o equilíbrio entre as partes, afastar a vigência de cláusulas resultantes do arbítrio de uma, em prejuízo da outra, impor o respeito ao princípio da boa-fé e fazer cumprir o de solidariedade social (art. 3º, I, da CF).

Os argumentos do entendimento do Min. Ruy Rosado de Aguiar se apresentam de conformidade com a nova visão estabelecida para os efeitos dos contratos onde se procura fazer prevalecer a preponderância de sua existência, validade, eficácia e efetividade sobre a horizontalidade da posição da autonomia das vontades.

Em outra decisão assim se pronunciou o STJ:

Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no art. 3º, § 2º, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor dos serviços prestados pelo banco.

A limitação da cláusula penal em 10% já era do nosso sistema (Dec. 22.926/33), e tem sido usado pela jurisprudência quando da aplicação da regra do art. 924 do CC, o que mostra o acerto da regra do art. 52, § 1º, do CODECON, que se aplica aos casos de mora, nos contratos bancários. Recurso não-conhecido. (*REsp 57.974-0-RS, 4ª T. – J. em 25.4.95, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, in Rev. Direito do Consumidor, nº 16, p. 179*).

Ainda:

O art. 924 do CC faculta ao Juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora ou adimplemento, quando se cumprir em parte a obrigação.

Retenção de 10% pela promitente-vendedora para atender às despesas por ela suportadas.

Inocorrência, no caso, de afronta aos arts. 159 e 924 do CC. Recurso especial não-conhecido (*REsp 51.019-8-SP, 4ª T., j. 22.11.94, Rel Min. Barros Monteiro, in Rev. Direito do Consumidor, vol. 16, p. 181*).

Como visto, o Código de Defesa do Consumidor, após cinco anos de vigência, está a desafiar a inteligência dos doutrinadores, dos juízes e dos demais operadores do direito, todos sempre voltados para a interpretação das normas nele contidas, buscando extrair delas o máximo que permite o seu conteúdo e o seu sentido, a fim de que seja estabelecida não uma proteção ao direito do consumidor, mas, também, uma cultura.